

PAULINA ŚLUFIŃSKA

Kilka uwag na temat ubezpieczenia D&O

Celem artykułu jest dostarczenie kilku istotnych informacji dotyczących aspektów prawnych, ekonomicznych oraz socjologicznych ubezpieczenia D&O, a także omówienie jego struktury, zakresu oraz zastosowania. Dodatkowo autorka wskazuje na ryzyka związane z ubezpieczeniem oraz rozważa, czy ubezpieczenie znajduje usprawiedliwienie w rzeczywistości biznesowej.

Słowa kluczowe: D&O, zarząd, ubezpieczenie, odpowiedzialność, spółka.

Wprowadzenie

Ubezpieczenie D&O (ang. *Directors' and Officers' liability insurance*) często nazywane, choć nieprecyzyjnie, ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej członków zarządu, to ubezpieczenie majątkowe¹, dedykowane w szczególności członkom zarządu, a także innym podmiotom sprawującym funkcje kierownicze w spółkach kapitałowych. Ubezpieczenie D&O ma na celu zabezpieczenie interesu majątkowego kadry zarządzającej przez udzielenie ochrony na wypadek roszczeń podmiotów trzecich o naprawienie szkody wyrządzonej wskutek nieprawidłowego działania członków zarządu lub innych osób sprawujących funkcje menedżerskie.

Początki ubezpieczenia D&O sięgają lat 30. XX w.², jednakże szczególny jego rozwój nastąpił w latach 60. ubiegłego wieku w Stanach Zjednoczonych, skąd ubezpieczenie to w latach 70. przeniknęło do krajów Europy Zachodniej³.

1. Ubezpieczenie D&O jest ubezpieczeniem dobrowolnym, mieszczącym się w ramach pojęcia ubezpieczenia gospodarczego, określonego ustawą z 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej [Dz. U. 2003 nr 124, poz. 1151].
2. *D&O liability insurance* po raz pierwszy zostało wprowadzone na rynku amerykańskim przez *Lloyd's of London* w odpowiedzi na kryzys będący następstwem krachu na giełdzie nowojorskiej w 1929 r.
3. T. Baker, S.J. Griffith, *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' and Officers' Liability Insurance Market*, *The University of Chicago Law Review*, 2007, Vol. 74, No. 2, s. 498; A. Alwis, V. Kremerman, J. Shi, *D&O Reinsurance Pricing – A Financial Market Approach*, <http://www.casact.org/pubs/forum/05wforum/05wf001.pdf> [1.06.2015]; C. Barzen, H. Brachmann, M.P. Braun, *D&O Versicherung für Kapitalgesellschaften: Haftungsrisiken der Geschäftsleitung und ihre Deckung*, Karlsruhe 2003, s. 104.

Obecnie ubezpieczenie D&O posiada ugruntowaną pozycję na rynku amerykańskim, australijskim oraz w krajach Europy Zachodniej, co związane jest z zaostrzeniem podstaw odpowiedzialności prawnej członków zarządu, wysoką świadomością roszczeniową podmiotów poszkodowanych, a także ze wzrostem ingerencji państwowych organów regulacyjnych sprawujących nadzór nad działalnością gospodarczą.⁴

W szczególności ubezpieczeniem D&O objęci są członkowie zarządu spółek publicznych, a także spółek prowadzących działalność w sektorze finansowym, rzadziej członkowie w organizacjach typu *non profit*.⁵ Coraz większą popularnością ubezpieczenie D&O cieszy się w sektorze SMEs (*small and medium enterprises*), czyli wśród małych i średnich przedsiębiorców (przykładowo w 2010 r. w Wielkiej Brytanii 27 proc. takich spółek posiadało ubezpieczenie D&O, w Niemczech, mimo wzrostu zainteresowania ubezpieczeniem w sektorze SMEs, nie więcej niż 50 proc. przedsiębiorców posiadało polisę D&O).⁶ W Polsce ubezpieczenie D&O postrzegane jest przez pryzmat luksusu, aczkolwiek wzorem standardów europejskich coraz częściej stanowi nieodzowny element polityki korporacyjnej spółek emitujących papiery wartościowe oraz spółek z kapitałem zagranicznym. Warto również podkreślić, że szczególne zainteresowanie ubezpieczeniem D&O na rynku polskim nastąpiło w dobie kryzysu finansowego w 2009 r., kiedy wyszła na jaw sprawa dotycząca spółki *Huta Metali Niezależnych Szopienice*. W wyniku strat poniesionych przez spółkę wskutek zawarcia niekorzystnych umów terminowych oraz strat na opcjach walutowych w związku z kryzysem na giełdzie londyńskiej, spółce zostało wypłacone odszkodowanie w wysokości 15 mln złotych. Wypłata tego świadczenia zdecydowanie zwróciła uwagę polskich spółek na korzyści związane z posiadaniem umowy ubezpieczenia D&O.⁷

1. Źródła oraz reżim odpowiedzialności cywilnej członków zarządu

Źródła odpowiedzialności członka zarządu mają szczególne znaczenie dla wyznaczenia zakresu ubezpieczenia D&O. Zastona korporacyjna (*corporate veil*) chroni zarówno członków zarządu, jak i wspólników przed ujemnymi konsekwencjami działań podjętych przez kadre zarządzającą. Swobodę podejmowania decyzji zapewnia również funkcjonująca w krajach systemu *common law* tzw. *business judgement rule*. Zgodnie z treścią wspomnianej zasady, sądy powinny stronić od ingerencji w decyzje podejmowane przez członków zarządu, gdyż osoby pełniące funkcje zarządzające oraz nadzorcze są kompetentne i domniemywa się, że decyzje przez nie podejmowane są z poszanowaniem dobrej wiary.⁸ Amerykańska *business judgement rule* została również

4. <http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/risk%20insights/AGCS-DO-infopaper.pdf>; <http://www.aida.org.uk/-pdf/Corporate%20Insurance%20Trends%202014.pdf>; M. Gische, E. Werner, *Directors' and Officers' Liability Insurance An Overview*, Law360, 2011, <http://www.law360.com/articles/216461/d-o-insurance-an-overview-part-1> [1.06.2015].

5. T. Baker, S.J. Griffith, *Predicting Governance Risk: Evidence from the Directors' and Officers' Liability Insurance Market*, The University of Chicago Law Review, 2007, Vol. 74, No. 2, s. 502.

6. Dane statystyczne podane przez Allianz: <http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/risk%20insights/AGCS-DO-infopaper.pdf> [1.06.2015].

7. <http://www.parkiet.com/artykul/844615.html> [1.06.2015].

8. *Gimbel v. Signal Cos.*, 316 A.2d 599, 608 (Del. Ch. 1974).

skodyfikowana przez niemieckiego ustawodawcę i wyrażona w § 93 Aktiengesetz (AktG).⁹Należy jednak podkreślić, że w określonych przypadkach następuje uchylenie zasłony korporacyjnej (*lifting the corporate veil*) i członkowie zarządu mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności prawnej za szkody wyrządzone spółce, wspólnikom, a nawet podmiotom trzecim.

W prawie polskim podstawy odpowiedzialności prawnej członków zarządu wyznaczone są przez obowiązujące przepisy ustaw m.in.: Kodeksu spółek handlowych¹⁰, Kodeksu cywilnego¹¹, Prawa upadłościowego i naprawczego¹², Ordynacji podatkowej¹³, ustawy o ofercie publicznej¹⁴ oraz Kodeksu pracy¹⁵. Dodatkowo odpowiedzialność osób sprawujących funkcje kierownicze w spółkach kapitałowych mogą określać statut oraz umowa spółki.

W ubezpieczeniach D&O jedynie szkoda wyrządzona wskutek błędnej decyzji, będącej wynikiem nieprawidłowego działania osoby pełniącej funkcję kierowniczą, będzie stanowiła podstawę dla podmiotu trzeciego do wystąpienia z roszczeniem o naprawienie szkody. Warto zatem wskazać, jakie zachowanie (polegające na działaniu lub zaniechaniu) będzie objęte ochroną ubezpieczeniową z tytułu ubezpieczenia D&O. Przy analizie pojęcia „zachowanie nieprawidłowe wyrządzające szkodę” konieczne jest sięgnięcie do dorobku judykatury oraz doktryny prawniczej.

Odpowiedzialność cywilnoprawna członka zarządu może podlegać następującym reżimom odpowiedzialności cywilnej: *ex contractu*, tj. odpowiedzialności kontraktowej, a także odpowiedzialności *ex delicto*, tj. o charakterze deliktowym. Przesłanki warunkujące powstanie odpowiedzialności osobistej członków zarządu spółek kapitałowych wyznaczają m.in. artykuły 293 oraz 483 k.s.h. Zgodnie z treścią powyżej wskazanych przepisów członek zarządu ponosi odpowiedzialność względem spółki za szkody jej wyrządzone swoim działaniem lub zaniechaniem, chyba że nie ponosi winy. W wyroku z 24 lipca 2014 r.¹⁶ Sąd Najwyższy opowiedział się za zbliżonym do kontraktowej odpowiedzialności reżimem odpowiedzialności cywilnej wynikającej z treści artykułu 293 k.s.h., wskazując, iż odpowiedzialność członka zarządu związana jest ze stosunkiem zobowiązaniowym, łączącym członka organów spółki ze spółką. Jednocześnie sąd wskazał, że przesłanka naruszenia obowiązku staranności przy wykonywaniu obowiązków wynikających z prawa powszechnie obowiązującego lub z postanowień umowy spółki jest niewystarczająca do pociągnięcia członka zarządu do odpowiedzialności. Warunkiem *sine qua non* jest wina.

Kwestią pozostającą w korelacji z art. 293 k.s.h. są obowiązki zarządu, wynikające z art. 201 § 1 k.s.h., realizowane poprzez prowadzenie spraw spółki, tj. zarządzanie jej majątkiem, kierowanie bieżącymi sprawami oraz reprezentowanie, przy czym wypełniając powyższe powinności, członek zarządu powinien kierować się wyłącznie interesem spółki, a swoje decyzje podejmować w granicach dozwolonego ryzyka gospodarczego.¹⁷ Mając powyższe na uwadze, Sąd Naj-

9. Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089).

10. Ustawa z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. 2000 nr 94, poz. 1037), zwana dalej: k.s.h.

11. Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr 16, poz. 93), zwana dalej k.c.

12. Ustawa z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. 2003 nr 60, poz. 535).

13. Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. 1997 nr 137, poz. 926).

14. Ustawa z 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. 2005 nr 184, poz. 1539).

15. Ustawa z 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. 1974 nr 24, poz. 141), zwana dalej: k.p.

16. Wyrok Sądu Najwyższego z 24 lipca 2014 r., sygn. akt II CSK 627/13.

17. Wyrok Sądu Najwyższego z 24 lipca 2014 r., sygn. akt II CSK 627/13.

wyższy podkreślił, że odpowiedzialność na podstawie art. 293 uaktywnia się w razie naruszenia interesów spółki, wskutek uchybień w sprawowaniu mandatu, jeśli działanie członka zarządu było zawinione i dokonane z naruszeniem wspomnianych zasad ryzyka gospodarczego oraz wyrządziło szkodę rozumianą jako utratę albo zmniejszenie aktywów lub powstanie albo zwiększenie pasywów spółki.¹⁸ Należy odnotować, iż w przypadku, gdy spółce zostanie wyrządzona szkoda, a nie wystąpi ona z roszczeniem o jej naprawienie w terminie jednego roku, podmiotem czynnie legitymowanym do wytoczenia powództwa jest wspólnik, w ramach tzw. *actio pro socio*, wskazanego w treści artykułu 295 k.s.h.

Członek zarządu ponosi również odpowiedzialność względem wierzycieli spółki na podstawie art. 299 k.s.h., w razie bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce. Przepis ten ma na celu ochronę wierzycieli w razie niewypłacalności spółki za jej zobowiązania. W doktrynie oraz orzecznictwie widoczne jest niejednolite stanowisko co do określenia charakteru odpowiedzialności wynikającej z art. 299 k.s.h., a mianowicie, czy jest to odpowiedzialność za cudzy dług (odpowiedzialność gwarancyjna), czy typowa odpowiedzialność deliktowa. Rozróżnienie pomiędzy odpowiedzialnością gwarancyjną a *ex delicto* jest istotne ze względu na terminy przedawnienia. W uchwale siedmiu sędziów z 7 listopada 2008 r. Sąd Najwyższy jednoznacznie opowiedział się za deliktowym charakterem odpowiedzialności członków zarządu przewidzianej w art. 299. Podkreślono, iż o ile w art. 299 posłużono się zwrotem „odpowiedzialności za zobowiązania spółki”, to jednocześnie w § 2 wskazano, że przesłankami odpowiedzialności są: niezgłoszenie wniosku we właściwym czasie oraz wina członka zarządu, co jednoznacznie przesądza o odszkodowawczym charakterze odpowiedzialności członka zarządu przewidzianej w omawianym artykule. Dodatkowo konieczne jest wykazanie trzech elementów: szkody, zdarzenia wywołującego szkodę, a także związku przyczynowego pomiędzy zdarzeniem a szkodą. Tym samym brak szkody po stronie wierzyciela skutkuje zwolnieniem od odpowiedzialności na podstawie art. 299, co dodatkowo podkreśla deliktowy a nie gwarancyjny charakter odpowiedzialności. Warto odnotować, iż odpowiedzialność za zobowiązania spółki w razie bezskuteczności egzekucji powstaje *ex lege* względem wierzyciela, w sytuacji gdy między wierzycielem a członkiem zarządu nie ma stosunku zobowiązaniowego

Zakres odpowiedzialności członków zarządu z tytułu naruszenia obowiązku złożenia wniosku o upadłość we właściwym czasie należy rozumieć szeroko, tj. nie tylko jako obowiązek naprawienia szkody w wysokości niezaspokojonego roszczenia wierzyciela, lecz także obowiązek zapłaty kosztów procesu, kosztów postępowania egzekucyjnego umorzonego z powodu bezskuteczności egzekucji, a także odsetek od należności głównej. Ponadto odpowiedzialność na podstawie artykułu 299 k.s.h. obejmuje również zobowiązania, które powstały już po spełnieniu się przesłanek do zgłoszenia wniosku o upadłość.¹⁹ Członkowie zarządu nie mogą uchylić się od odpowiedzialności lub ograniczyć jej zakresu poprzez zawarcie umowy co do sposobu kierowania spółką. Takie porozumienie ma charakter jedynie wewnątrzorganizacyjny i nie może pozbawić możliwości dochodzenia roszczeń przez wierzyciela spółki.²⁰

Przepisy Kodeksu spółek handlowych nie wyłączają możliwości dochodzenia naprawienia szkody na zasadach ogólnych, przewidzianych w Kodeksie cywilnym.²¹

18. Ibidem.

19. Uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 7 listopada 2008 r., sygn. akt III CZP 71/08.

20. Wyrok Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., sygn. akt II CSK 446/13.

21. Co wynika wprost z art. 300 Kodeksu spółek handlowych.

2. Charakterystyka ubezpieczenia D&O

2.1. Pojęcie ubezpieczenia D&O

Ubezpieczenie D&O może być przede wszystkim rozpatrywane jako efekt dążenia do zabezpieczenia swojego interesu majątkowego przez członka zarządu. W krajach Europy Zachodniej dość często osoba pełniąca funkcję menedżerską jako warunek *sine qua non* objęcia stanowiska wskazuje obowiązek ubezpieczenia siebie przez spółkę od odpowiedzialności prawnej. Stanowi to istotny czynnik pozyskiwania wykwalifikowanej kadry zarządzającej, pełni rolę bodźca zachęcającego do objęcia stanowiska przez daną osobę. Z takiej możliwości często skorzysta osoba świadoma, z odpowiednim doświadczeniem, mająca potrzebę podejmowania trudnych i ryzykownych, aczkolwiek koniecznych decyzji. Ponadto wskazuje się, iż ubezpieczenie D&O może stanowić element ogólnej korporacyjnej polityki ubezpieczeniowej spółki, a wreszcie, ubezpieczenie to może być wynikiem porozumienia między wspólnikami a władzami spółki w celu wzmocnienia nadzoru korporacyjnego (*corporate governance*) oraz pozycji danej spółki na rynku, poprzez podkreślenie jej wiarygodności względem potencjalnych kontrahentów.²²

Praktyka ukształtowała trzy typy ubezpieczenia D&O. Pierwszy typ to ubezpieczenie odpowiedzialności osobistej członków władz spółki, gdzie ubezpieczona jest jedynie osoba pełniąca funkcję kierowniczą. W drugim wariantcie występują dwa ubezpieczone podmioty: członek zarządu (lub osoba pełniąca podobną funkcję) oraz spółka. Trzeci typ to ubezpieczenie odpowiedzialności zawodowej osób świadczących usługi o charakterze profesjonalnym – ubezpieczenie D&O *sensu largo*.²³

2.2 Konstrukcja umowy w aspekcie prawnym

Umowa ubezpieczenia D&O może występować w dwojakiej formie. Po pierwsze, jako umowa zawarta w imieniu i na rachunek samego ubezpieczonego, w tym przypadku osoby pełniącej funkcję menedżera lub pokrewną, gdzie drugą stroną umowy będzie ubezpieczyciel, tj. podmiot świadczący ochronę ubezpieczeniową.

Należy jednak zaznaczyć, iż większą popularność wykazuje w ubezpieczeniach D&O tendencja do wykorzystywania konstrukcji umowy na rzecz osoby trzeciej, zgodnie z którą stronami umowy są ubezpieczający oraz ubezpieczyciel, zaś podmiotem objętym ochroną ubezpieczeniową jest ubezpieczony. W literaturze wyróżnia się dwie formy ubezpieczenia na rzecz osoby trzeciej: umowa ubezpieczenia na rzecz osoby trzeciej *sensu stricto*, a także ubezpieczenie na cudzy rachunek²⁴. Według E. Kowalewskiego umowa na cudzy rachunek „to umowa ubezpieczenia, w której ubezpieczający i ubezpieczony nie są tą samą osobą. Uprawnienia z tytułu umowy ubezpieczenia przysługują zazwyczaj ubezpieczonemu, jednak *dysponentem* stosunku jest ubezpieczający”²⁵.

W praktyce w ubezpieczeniach D&O ubezpieczającym będzie zazwyczaj spółka, która zobowiązuje się do bycia podmiotem praw i obowiązków wynikających z zawarcia umowy ubezpieczeniowej.²⁶

22. N. O' Sullivan, *The Demand for Directors' and officers' insurance by large UK companies*, European Management Journal, 2009 Vol. 20, No. 5, s. 574–583.

23. Ibidem, s. 575.

24. L. Ogiegło [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, tom II, Warszawa 2013, s. 579.

25. E. Kowalewski, D. Fuchs, W. Mogiński, M. Serwach, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Toruń-Bydgoszcz 2006, s. 259.

26. K. Osajda, *Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2008, s. 212.

Ubezpieczający zobowiązuje się do zapłaty składki na rzecz ubezpieczyciela w zamian za świadczenie ochrony ubezpieczeniowej, co wzbudza liczne kontrowersje dotyczące uzasadnienia funkcjonowania ubezpieczeń D&O. W literaturze wskazuje się na problem zwiększonego ryzyka podejmowania nieprzemysłanych decyzji przez zapewnienie dyrektorom oraz osobom pełniącym funkcję kierowniczą ochrony, polegającej na zapłacie składki przez samą spółkę, a nie przez ubezpieczonego.

W przypadku, gdy po stronie podmiotu ubezpieczonego obok osoby pełniącej funkcje kierownicze występuje dodatkowo spółka (zastosowanie *C side*, opisanej poniżej), interes majątkowy będący przedmiotem ubezpieczenia będzie wspólny zarówno dla ubezpieczonego, jak i spółki występującej w podwójnej roli, tj. ubezpieczonego i ubezpieczającego. Dodatkowo, o ile umowa tak przewiduje, ochroną ubezpieczeniową mogą zostać objęte spółki zależne. Tym samym w ubezpieczeniu D&O możliwe jest zastosowanie jednoczesnego ubezpieczenia na własny i cudzy rachunek. E. Kowalewski wskazuje, iż: „z takim przypadkiem mamy do czynienia wtedy, gdy ubezpieczający w jednej umowie ubezpiecza zarówno własny, jak i cudzy interes”²⁷.

2.3. Klauzule w umowie ubezpieczenia D&O wyznaczające zakres przedmiotowy oraz podmiotowy umowy ubezpieczenia

Mając na uwadze restrykcyjność, a także charakter opisanych powyżej podstaw odpowiedzialności prawnej oraz wysokie ryzyko ponoszenia osobistej odpowiedzialności związanej z pełnieniem funkcji członka zarządu, zasadne wydaje się stwierdzenie, że w świetle polskich uregulowań posiadanie polisy ubezpieczenia D&O jest korzystne zarówno dla spółki, która może występować po stronie podmiotu poszkodowanego, jak i dla samego zarządzającego. Anatomia ubezpieczenia D&O opiera się na klauzulach [*sides*] wskazujących przede wszystkim zakres podmiotowy oraz przedmiotowy ubezpieczenia.²⁸ Należy jednak pamiętać, że wyróżnienie poszczególnych klauzul ma charakter umowny. Zazwyczaj poszczególne klauzule oznaczone są kolejnymi literami alfabetu, tj. A, B, C, D, E itd. i mogą występować w dowolnej konfiguracji w umowie ubezpieczenia.

W latach 60. XX w. na rynku amerykańskim ubezpieczenie D&O opierało się na dwóch klauzulach ubezpieczeniowych – A oraz B.²⁹ Obecnie klauzule te stanowią trzon niemal każdej umowy ubezpieczenia D&O i są włączane do umowy automatycznie.

Side A jest klauzulą najczęściej identyfikowaną z ubezpieczeniem D&O (należy jednak zauważyć, iż aktualnie istnieje wiele klauzul dodatkowych, uzupełniających klauzulę A). Klauzula ta dedykowana jest podmiotom będącym członkami zarządu lub wyposażonym w kompetencje do reprezentowania spółki i obejmuje ich odpowiedzialność prawną za szkody wyrządzone przy sprawowaniu funkcji kierowniczych. Zakres ubezpieczenia w ramach klauzuli A obejmuje jedynie taką odpowiedzialność, którą ponosi wyłącznie członek zarządu wskutek nieprawidłowego działania podjętego przy sprawowaniu funkcji kierowniczej, wyrządzającego szkodę podmiotom trzecim. Klauzula ta obejmować

27. E. Kowalewski, *Prawo...*, op. cit., s. 262.

28. T. Baker, J.S. Griffith, *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from Directors' and Officers' Insurance Market*, *The University of Chicago Law Review*, 2007, Vol. 74(2), s. 499–501.

29. A. Alwis, V. Kremerman, J. Shi, *D&O Reinsurance Pricing – A Financial Market Approach*, <http://www.casact.org/pubs/forum/05wforum/05wf001.pdf> [1.06.2015].

będzie roszczenia, które zostały skierowane bezpośrednio w stronę członka zarządu³⁰, np. w razie wystąpienia przez spółkę przeciwko członkowi jej organów wykonawczych o naprawienie szkody powstałej wskutek nieprawidłowego gospodarowania zasobami finansowymi spółki. Przykładowo, w Niemczech członkowie zarządu są szczególnie narażeni na ryzyko wystąpienia z roszczeniem o naprawienie szkody przez spółkę (około 80 proc. powództw wniesionych przeciwko członkom zarządu o naprawienie szkody jest wytaczanych przez spółki, w których mandat sprawują pozwani członkowie zarządu; w szczególności roszczenia te dotyczą nieprawidłowej organizacji oraz nieodpowiedniego monitorowania spraw spółki; pozostałe 20 proc. powództw toczy się na wniosek innych podmiotów – wierzycieli, inwestorów, pracowników, a także organów regulacyjnych).³¹ Klauzula A znajduje również zastosowanie do pokrycia roszczeń pracowników wobec członka zarządu, np. w razie oskarżenia go o dyskryminację lub mobbing. Według danych statystycznych w Stanach Zjednoczonych 40 proc. roszczeń skierowanych przeciwko dyrektorom dotyczy naruszeń uprawnień pracowniczych (należy odnotować, iż w razie wytoczenia powództwa z tytułu naruszenia praw pracowniczych bezpośrednio przeciwko spółce jako pracodawcy, klauzula A nie ma zastosowania, gdyż takie roszczenia będą standardowo objęte klauzulą C)³².

Side B (lub inaczej *Company Reimbursement Cover*) – obejmuje zwrot przez ubezpieczyciela wydatków poniesionych przez spółkę w celu naprawienia szkody wyrządzonej przez członków jej organów. W przypadku tej klauzuli możliwa jest indemnifikacja, tj. pokrycie przez spółkę kosztów naprawienia szkody oraz wydatków związanych z ochroną prawną członka zarządu. Indemnifikacja może być wynikiem porozumienia zawartego pomiędzy spółką a jej menedżerem. Klauzula B ma istotne znaczenie w przypadku, gdy spółka pokrywa szkody wyrządzone przez członków zarządu w celu ochrony swoich menedżerów. W razie zapłaty odszkodowania przez spółkę lub pokrycia przez nią kosztów obrony czy procesu, ubezpieczyciel ma obowiązek zwrotu poniesionych wydatków. Warto odnotować, iż podmiot gospodarczy będący jednostką organizacyjną zapłaci odszkodowanie podmiotowi, któremu członek zarządu wyrządził szkodę, wtedy gdy będzie miał interes ekonomiczny (choćby pośredni, np. uniknięcie rozgłosu i ochrona reputacji). Tym samym klauzula B zabezpiecza, oprócz interesu majątkowego samego członka zarządu, interes spółki. *Side B* ma zastosowanie wówczas, gdy spółka ma obowiązek lub jest uprawniona do zapłaty odszkodowania za szkodę wyrządzoną przez członka zarządu i z takiego uprawnienia skorzysta.³³

W przypadku klauzul A oraz B ubezpieczenie D&O przybiera postać ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej członka zarządu, gdyż przedmiotem ubezpieczenia jest jego odpowiedzialność cywilna, a wypłacone odszkodowanie ma na celu naprawienie szkody wyrządzonej przez podmiot sprawujący funkcję kierowniczą. Ubezpieczenie D&O traci charakter ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wówczas, gdy podmiotem ubezpieczonym jest sama spółka, tj. w razie zastosowania klauzuli C, opisanej poniżej.

Side C istotnie rozszerza zakres ubezpieczenia D&O. Jest to klauzula mająca szczególne znaczenie dla spółek publicznych i im w szczególności jest dedykowana (dlatego też często nazywana jest *Securities Entity Cover*). W przypadku tej klauzuli po stronie podmiotu ubezpieczonego

30. T. Baker, S.J. Griffith, *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' and Officers' Liability Insurance Market*, The University of Chicago Law Review, 2007, Vol. 74, No. 2, s. 499.

31. <http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/risk%20insights/AGCS-DO-infopaper.pdf> (1.06.2015).

32. <http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/risk%20insights/AGCS-DO-infopaper.pdf> (1.06.2015).

33. T. Baker, J.S. Griffith, *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from Directors' and Officers' Insurance Market*, The University of Chicago Law Review, 2007, Vol. 74(2), s. 499.

występuje spółka, a nie członkowie zarządu. W praktyce wskazuje się, że klauzula C ogranicza się przede wszystkim do ryzyka, jakim jest skierowanie roszczeń przez wspólników i inwestorów spółki z tytułu emisji papierów wartościowych przeciwko spółce – emitentowi, w szczególności wskutek wyrządzenia szkody poprzez wprowadzenie w błąd lub podanie nieprawdziwych lub niezrzetelnych informacji przy emisji.³⁴ Ubezpieczenie D&O w zakresie *Side C* jest często uzupełniane ubezpieczeniem typu POSI (*Public Offering Securities Insurance*), tj. ubezpieczeniem z tytułu odpowiedzialności za prospekt emisyjny.³⁵ Jak już wspomniano, spółki również często zawierają umowę ubezpieczenia D&O w celu ubezpieczenia się od ryzyk związanych z wystąpieniem przeciwko nim jako pracodawcom z roszczeniem o naprawienie szkody z tytułu naruszenia praw pracowniczych.

Inne warianty ubezpieczenia, określone jako klauzule D, E, F itd., to przede wszystkim klauzule dotyczące pokrycia przez ubezpieczyciela kosztów ochrony prawnej, rozumianej bardzo szeroko.³⁶

Ubezpieczyciel w ramach umowy *D&O liability insurance* może zobowiązać się również do pokrycia kosztów *public relations*, tj. mających na celu ochronę wizerunku podmiotu ubezpieczonego. Podkreślić należy, że klauzula D dotycząca kosztów obrony dedykowana jest nie tylko członkom zarządu, lecz także spółce, i ma szczególne znaczenie dla podmiotów występujących w obrocie gospodarczym, ze względu na wysokie koszty procesu. Klauzula ta obejmuje koszty ochrony prawnej, m.in. wynagrodzenie dla podmiotów świadczących usługi prawne; koszty postępowania sądowego i pozasądowego; koszty postępowania arbitrażowego (o ile postanowienia o wydatkach poniesionych na postępowania i dochodzenia o charakterze nieformalnym mają zastosowanie). W tym miejscu warto przypomnieć sprawę dotyczącą Office Depot oraz orzeczenie Court of Appeal for Eleventh Circuit stanu Floryda, dotyczące rozbieżności w interpretacji postanowienia D&O. W powyższej sprawie sąd rozważał ramy pojęcia „dochodzenia” i „postępowania regulacyjnego” (różnica między *investigation* a *proceedings*); chodziło o rozumienie postanowień umownych w związku z brakiem definicji każdego z tych postępowań. Zgodnie z opinią sądu, wydatki poniesione przez spółkę w ramach odpowiedzi na dobrowolną ofertę współpracy ze strony Securities Exchange Commission (SEC) nie mieściły się w ramach wydatków poniesionych w związku z wszczęciem postępowania publicznoprawnego³⁷. Tym samym na ubezpieczyciela nie ciążył obowiązek pokrycia wydatków poniesionych przez spółkę. W zaistniałej sytuacji spółka Office Depot poniosła koszty w wysokości ponad 20 mln dolarów amerykańskich i nie przysługiwał jej regres wobec ubezpieczyciela (ubezpieczyciel pokrył jedynie koszty w wysokości 2,3 mln dolarów)³⁸. Podany przykład potwierdza, iż przed zawarciem umowy ubezpieczenia D&O należy dokonać szczegółowej analizy wszystkich postanowień umowy.

W razie zastosowania klauzuli D ubezpieczyciel ma obowiązek dostarczenia środków niezbędnych dla ochrony prawnej, aczkolwiek konieczne jest podkreślenie rozgraniczenia pomiędzy dostarczaniem środków finansowych na pokrycie kosztów obrony a obowiązkiem zapewnienia obrony prawnej przez ubezpieczyciela (*duty to defend*). Są to dwa różne pojęcia, przy czym ubezpieczyciel może w pewnych przypadkach zastrzec prawo do ingerowania w wybory pełnomocników

34. Ibidem, s. 499.

35. <http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/risk%20insights/AGCS-DO-infopaper.pdf>.

36. Na temat ubezpieczenia ochrony prawnej zob. Sz. Szmak, *Ubezpieczenia ochrony prawnej w systemie niemieckim – wybrane problemy*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe”, 2014 nr 1.

37. SEC jedynie informowała w sposób dość ogólny, bez wskazywania konkretnych przesłanek i okoliczności, o samej możliwości wszczęcia postępowania przeciwko członkom zarządu wskutek naruszenia prawa giełdowego.

38. Opinia Court of Appeal dla Eleven Circuit, No. 11–10814.

procesowych. Warto nadmienić, iż zazwyczaj ubezpieczyciel będzie dostarczał pokrycia finansowego kosztów obrony aż do wydania prawomocnego wyroku, co – biorąc pod uwagę wysokie koszty usług prawnych – wydaje się bardzo korzystne dla podmiotu ubezpieczonego.

Istotną kwestią wydaje się możliwość rozszerzenia ochrony ubezpieczeniowej na zaległości podatkowe oraz kary i grzywny administracyjne (zazwyczaj jednak tego typu odpowiedzialność nie jest zawarta w postanowieniach umowy, aczkolwiek strony mogą włączyć powyższe sankcje publiczno-prawne do zakresu ochrony ubezpieczeniowej). W przypadku rozszerzenia ochrony ubezpieczeniowej na zaległości podatkowe spowodowane działaniem lub zaniechaniem podmiotu ubezpieczonego, a także grzywny i kary, wydaje się, iż ubezpieczenie D&O traci charakter ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, której cechą charakterystyczną jest jej kompensacyjna a nie represyjna natura.

W ostatnich latach widoczna jest tendencja do poszerzania zakresu zdarzeń ubezpieczeniowych. W dobie XXI wieku i rozwoju myśli technologicznej do zakresu ubezpieczenia D&O włączane są między innymi ryzyka związane z cyberryzykiem czy odpowiedzialnością za szkody wyrządzone w środowisku.³⁹

2.4. Wyłączenia w umowie ubezpieczenia

W literaturze zagranicznej wskazuje się na trzy najczęściej występujące podstawowe wyłączenia pewnej kategorii zdarzeń ubezpieczeniowych z zakresu ubezpieczenia, a mianowicie:

- a) oszustwo (*fraud*), rozumiane jako faktyczne popełnienie oszustwa lub bezprawne wzbogacenie podmiotu ubezpieczonego, który wyrządził szkodę. Oszustwo jest działaniem lub zaniechaniem członka zarządu, dokonany z zamiarem wyrządzenia szkody. Należy pamiętać, że pojęcie „*fraud*” zawsze jest zdefiniowane przez postanowienie umowy ubezpieczenia, aczkolwiek zazwyczaj w celu ustalenia czy doszło do oszustwa, wymagane jest prawomocne orzeczenie sądu.
- b) *prior claims* – roszczenia zgłoszone przed zawarciem umowy lub w trakcie negocjacji poprzedzających zawarcie umowy. Najczęściej w umowie ubezpieczenia D&O zakres czasowy odpowiedzialności ubezpieczyciela będzie ograniczał się do momentu zgłoszenia roszczenia – *claims made*.⁴⁰
- c) spory (*Insured versus Insured*) – spory sądowe wytoczone przez podmiot ubezpieczony przeciwko innemu ubezpieczonemu podmiotowi. Przykładem ilustrującym takie wyłączenie jest sytuacja, w której członek zarządu wytacza powództwo przeciwko innemu członkowi zarządu. Spory takie nie dotyczą sytuacji, w której dyrektorzy pozywani są przez współników w imieniu spółki, tj. w ramach tzw. *derivative claim*.

Inne często występujące w ramach umowy ubezpieczenia wyłączenia to: odpowiedzialność za szkodę na osobie, za krzywdę, rozstrój emocjonalny, za szkody wyrządzone innym jednostkom organizacyjnym w związku z prowadzeniem ich obsługi. Wszelkie wyłączenia mają charakter roszczeń o wąskim zakresie, są zdefiniowane w sposób szczegółowy i wyznaczone przez postanowienia umowy.⁴¹

39. Szerzej na ten temat: Corporate Insurance Trends 2014, <http://aida.org.uk/pdf/Corporate%20Insurance%20-Trends%202014.pdf> [1.06.2015].

40. W umowie D&O można wyróżnić cztery *triggers* wyznaczające zakres czasowy odpowiedzialności ubezpieczyciela: zgłoszenie roszczenia (*claims made*), wyrządzenie szkody (*loss occurrence*), powstanie zdarzenia (*act committed*), ujawnienie szkody (*loss manifestation*). Szerzej na temat koncepcji *triggerów* [w:] M. Serwach, *Swoboda wyboru triggers oraz wynikające z niej zagrożenia dla rynku ubezpieczeniowego*, „Prawo Asekuracyjne”, 2007 nr 2.

41. T. Baker, S.J. Griffith, *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' and Officers' Liability Insurance Market*, The University of Chicago Law Review, 2007, Vol. 74, No. 2, s. 500–501.

2.5. Zakres podmiotowy

Jak już sygnalizowano powyżej, zakres podmiotowy umowy ubezpieczenia D&O, w zależności od wyboru rodzaju ubezpieczenia, ulega dyferencjacji. Zarówno po stronie podmiotu ubezpieczonego, jak i ubezpieczającego, może występować tylko osoba fizyczna bądź osoba fizyczna oraz spółka jednocześnie.

W przypadku osób fizycznych, oprócz członków zarządu osoby prawnej, ochroną na wypadek zajścia ryzyk ubezpieczeniowych mogą zostać objęci inni członkowie wchodzący w skład organów osób prawnych, m.in. rad nadzorczych, komisji rewizyjnych, innych organów pełniących podobną funkcję. Warto zaznaczyć, iż ubezpieczyciele dopuszczają również możliwość ubezpieczenia osób sprawujących funkcję tymczasową dyrektora lub menedżera, a także *shadow directors*⁴², tj. osób faktycznie kierujących sprawami spółki (co dopuszczalne jest np. w prawie brytyjskim). Dodatkowo ochrona ubezpieczeniowa może obejmować również pełnomocników o ogólnym umocowaniu, prokurentów, a nawet pracowników, jeśli świadczą usługi o charakterze zbliżonym do prowadzenia spraw spółki. Ponadto z dobrodziejstwa posiadania ubezpieczenia korzystają również małżonek ubezpieczonego, cesjonariusz, a w razie śmierci ubezpieczonego – jego spadkobiercy.

Mając powyższe na uwadze, można zgeneralizować zakres podmiotowy poprzez stwierdzenie, iż ochrona ubezpieczeniowa będzie przyznawana tym podmiotom, którym można przypisać cechy podmiotu zarządzającego sprawami spółki. Zawsze jednak zakres podmiotowy wyznaczają ogólne warunki umowy oraz jej postanowienia. Podmioty ubezpieczone mogą zostać wskazane w sposób imienny, lecz ze względu na charakter pełnionych funkcji nie będzie to zbyt częstym rozwiązaniem.

Zgodnie z ogólnymi warunkami umowy ubezpieczenia czołowych ubezpieczycieli, widoczna jest tendencja do wskazywania podmiotów ubezpieczonych w sposób bezimienny, poprzez wskazanie, iż ubezpieczonymi są „byli, terażniejsi oraz przyszli członkowie zarządu”. W literaturze taki typ ubezpieczenia określany jest mianem strukturalnego.⁴³ Służyć to ma zapewnieniu efektywności oraz elastyczności ochrony ubezpieczeniowej, która poprzez imienne wskazanie ubezpieczonego powodowałaby konieczność każdorazowej zmiany postanowień umowy ubezpieczenia w razie zaprzestania pełnienia funkcji i powołania następcy członka zarządu. Biorąc pod uwagę uregulowanie kwestii powoływania i odwoływania członków zarządu oraz kadencyjność sprawowania funkcji, rozwiązanie to wydaje się bardzo korzystne dla podmiotu ubezpieczającego oraz ubezpieczonego. Ubezpieczenie strukturalne zabezpiecza interes wierzycieli, którzy w razie wyrażenia im szkody, nie muszą ustalać, czy dana osoba pełni funkcję członka zarządu, lecz mogą swoje roszczenie skierować bezpośrednio do ubezpieczyciela⁴⁴. Taka konstrukcja ubezpieczenia ma szczególne znaczenie w aspekcie podatkowym. W wyroku z 12 kwietnia 2013 r. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że w razie bezimiennego wskazania podmiotu ubezpieczonego w ramach ubezpieczenia D&O nie ma możliwości obliczenia wysokości przychodu ubezpieczonego, tym samym przychód taki nie podlega opodatkowaniu na podstawie ustawy z 16 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. 1991 nr 80, poz. 350).⁴⁵

42. Definicja *shadow director* zawarta jest w art. 251 brytyjskiego Companies Act 2006.

43. K. Osajda, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2008, s. 213.

44. Ibidem, s. 213.

45. Wyrok NSA z 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt II FSK 1696/11. Porównaj z wyrokiem NSA z 28 lutego 2014 r., sygn. akt II FSK 270/12.

2.6. Suma ubezpieczenia a wypłacone odszkodowanie

Na zakres ochrony ubezpieczeniowej oraz na wysokość sumy ubezpieczenia (w ubezpieczeniach odpowiedzialności cywilnej – sumy gwarancyjnej⁴⁶), a tym samym na wysokość składki, wpływa wiele okoliczności, m.in.: wybrany wariant ubezpieczenia, profil działalności spółki, kondycja finansowa podmiotu ubezpieczającego, a nawet cechy osobiste osób fizycznych pełniących funkcje zarządzające, pozycja spółki na rynku, liczba i rodzaj roszczeń podnoszonych przeciwko ubezpieczonemu w okresie do momentu zawarcia umowy. Ubezpieczyciel przed zawarciem umowy, w celu oszacowania potencjalnego ryzyka, przeprowadzi szczegółowy wywiad co do historii spółki oraz osób nią zarządzających. Zawarcie umowy poprzedzają szczegółowe negocjacje, gdyż umowa ubezpieczenia D&O należy do umów wysoce zindywidualizowanych.⁴⁷

W Stanach Zjednoczonych przeciętna suma ubezpieczenia w przypadku spółek handlowych wynosi 30 mln dol., zaś gdy aktywa spółki przenoszą wartość 10 mld dol. – 129 mln dol.⁴⁸ W podmiotach o charakterze międzynarodowym suma ubezpieczenia wynosi 300 mln euro lub więcej.⁴⁹ Roczna składka przeciętnie oscyluje w granicach 482 tys. dol., zaś w przypadku dużych spółek 2,2 mln dol.⁵⁰ W Polsce, w zależności od wybranego wariantu ubezpieczenia, wysokość składki kształtuje się na poziomie od kilku tysięcy złotych.⁵¹

Odszkodowanie jest świadczeniem polegającym na zapłacie określonej sumy pieniężnej, do którego zobowiązany jest ubezpieczyciel w ramach stosunku umowy ubezpieczenia w razie wystąpienia przesłanek aktywizujących ten obowiązek (art. 805 k.c.).

W klasycznej formie ubezpieczenia D&O, gdzie przedmiotem ubezpieczenia będzie odpowiedzialność cywilna członków zarządu, świadczenie ubezpieczyciela następuje zawsze w formie pieniężnej. Ubezpieczyciel odpowiada w granicach odpowiedzialności ubezpieczonego, przy czym jego całkowita górna odpowiedzialność wyznaczona jest przez wysokość sumy gwarancyjnej. J. Strzępka i E. Zielińska wskazują, iż „w praktyce dopuszcza się określenie sumy gwarancyjnej stanowiącej górną granicę kwoty odszkodowania za jedną szkodę lub postanowienie, że suma ta stanowi limit odpowiedzialności ubezpieczyciela za wszystkie szkody, za które on odpowiada.”⁵²

W przypadku zastosowania klauzuli C w umowie ubezpieczenia, w której spółka występuje po stronie podmiotu ubezpieczonego i ubezpiecza również swój interes majątkowy, ubezpieczyciel zobowiązuje się do wypłaty odszkodowania w formie pieniężnej w granicach ustalonej sumy

46. M. Orlicki [w:] *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczególna*, tom VIII, Warszawa 2011, s. 844.

47. T. Baker, S.J. Griffith, *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' and Officers' Liability Insurance Market*, *The University of Chicago Law Review*, 2007, Vol. 74, No. 2, s. 508 i n.; M. Gische, E. Werner, *Directors' and Officers' Liability Insurance An Overview*, Law360, 2011.

48. J. Caskey, *The Pricing Effects of Securities Class Action Lawsuits and Litigation Insurance*, *Journal of Law, Economics and Organizations* JLEO [2014] 30 (3), LexisNexis.

49. Dane podane przez Allianz, <http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/risk%20insights/AGCS-DO-infopaper.pdf> (1.06.2015).

50. J. Caskey, *The Pricing...*, op. cit., *Journal of Law, Economics and Organizations* JLEO [2014] 30 (3), LexisNexis.

51. http://www.gu.com.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=46850:rynek-ubezpiecze-dao-oreko-rdowej-wartosci&catid=107:rynek-ubezpiecze&Itemid=106 (1.06.2015).

52. J. Strzępka, E. Zielińska [w:] *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 626.

ubezpieczenia, określonej w postanowieniach umowy.⁵³ Jednym z największych świadczeń wypłaconych przez ubezpieczyciela w ramach umowy ubezpieczenia D&O było odszkodowanie na rzecz spółki Siemens w 2009 r. związane z jedną z najgroźniejszych afer korupcyjnych. W ramach ugody ubezpieczyciel wypłacił spółce kwotę 100 mln euro.⁵⁴

W postanowieniach ogólnych warunków umów ubezpieczenia D&O bardzo często wskazywane są tzw. udziały własne oraz franszyza integralna. Możliwe jest również wprowadzenie określonych limitów kwotowych odszkodowania w zależności od rodzaju wyrządzonej szkody. Górne i dolne granice odszkodowania wypłacanego przez ubezpieczyciela mogą być wyznaczone przez normy prawa powszechnie obowiązującego. Na przykład w ustawodawstwie niemieckim od 2009 r. członkowie zarządu są obowiązani do pokrycia z własnych środków minimum 10 proc. wartości wyrządzonej szkody.⁵⁵

Wprowadzenie rozwiązań dotyczących wysokości odszkodowania ma na celu przede wszystkim zabezpieczenie interesu ubezpieczyciela poprzez ograniczenie jego odpowiedzialności. Dodatkowym argumentem dotyczącym limitów, udziałów własnych czy franszyzy integralnej jest ich rola mająca na celu eliminację lub w pewnym stopniu zmniejszenie nadużycia dobrodziejstwa wynikającego z przysługującej ochrony ubezpieczeniowej. Ponadto, ze względu na istotę pełnionej funkcji przez osoby ubezpieczone, wydaje się wskazane, by nie zachęcać tych podmiotów do prowadzenia zbytnio ryzykownej polityki spraw spółki.

W praktyce widoczne jest uprzywilejowanie załatwiania sporów objętych zakresem ubezpieczenia D&O w sposób polubowny, niezwykle rzadko sprawy dotyczące wypłaty odszkodowania z tego ubezpieczenia trafiają do sądów.

3. *Corporate governance versus moral hazard*

Na podstawie przeprowadzonych badań empirycznych wskazuje się, że ubezpieczenie D&O ma duży, potencjalny wpływ na nadzór korporacyjny poprzez wzmocnienie roli ubezpieczyciela. Ubezpieczyciel decyduje, czy udzielić ochrony spółce i jej dyrektorom, bada, czy istnieje adekwatny do sytuacji finansowej spółki nadzór korporacyjny; w celu zmniejszenia wysokości składki może nakładać dodatkowe obowiązki mające na celu monitorowanie działania osób zarządzających, może ingerować w linię obrony w celu maksymalnego obniżenia kosztów. Kwestią dyskusyjną jest jednak, czy ubezpieczyciel powinien być uprawniony do ingerencji w sprawę spółki.⁵⁶

Zjawisko *moral hazard*, tj. nadużycie ze strony podmiotu chronionego (w tym przypadku ubezpieczonego) jest jednym z najczęściej podnoszonych argumentów przeciwko dopuszczeniu do obrotu ubezpieczeń D&O. Przeciwnicy opisywanego ubezpieczenia wskazują na ryzyka związane z opłacaniem składki ze środków spółki, co może wpływać na podejmowanie decyzji przez osoby ubezpieczone z mniejszą dozą staranności, a nawet z lekkomyślnością. Podkreślają, iż

53. W. Dubis [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1377.

54. <http://www.commercialriskeurope.com/cre/936/93/German-managers-need-better-D-O-protection-aslitigation-mounts> [1.06.2015].

55. Begründung, BT-Drs 16/13433.

56. T. Baker, S.J. Griffith, *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' and Officers' Liability Insurance Market*, *The University of Chicago Law Review*, 2007, Vol. 74, No. 2, s. 487–488.

członkowie organów osoby prawnej w razie podjęcia niekorzystnej dla spółki decyzji, nie powinni korzystać z dobrodziejstwa, jakim jest objęcie ochroną ubezpieczeniową, a jeżeli ochrona ma być udzielona, to nie ze środków pieniężnych spółki, pośrednio pochodzących od współników. Zwolennicy przede wszystkim zwracają uwagę na zabezpieczenie interesu kontrahentów. Dodatkowo wskazują, iż *moral hazard* to zagrożenie jedynie potencjalne, które można eliminować poprzez zaostrenie odpowiedzialności prawnej członków zarządu za szkodę wyrządzoną wskutek braku należytej staranności (czego przykładem w polskim systemie prawnym są art. 293 oraz 483 k.s.h.). Podkreślają istotną rolę władz publicznych, tj. organów państwowych oraz kontroli prywatnej sprawowanej przez współników danej spółki. W Stanach Zjednoczonych istotną rolę przy zwalczaniu działań niezgodnych z prawem przypisuje się Securities and Exchange Commission (SEC).⁵⁷ Jest to amerykański organ kontroli, którego polskim odpowiednikiem jest Komisja Nadzoru Finansowego. W Australii podobną funkcję pełni Australian Securities and Investments Commission (ASIC). Warto również zwrócić uwagę na rolę sądów, które coraz częściej dokonują rewizji co do adekwatności wysokości sum odszkodowań ustalonych w drodze ugody zawieranej między ubezpieczonymi a poszkodowanymi.⁵⁸

Podsumowanie

Ubezpieczenie D&O to zdecydowanie ubezpieczenie wysoce zindywidualizowane, odpowiadające profilowi działalności danego podmiotu. Może występować w formie czystego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, aczkolwiek przy zastosowaniu rozszerzeń wariantów ochrony traci taki charakter. W Polsce ubezpieczenie odpowiedzialności członków organów osób prawnych to ubezpieczenie nadal luksusowe i, w porównaniu do krajów systemu *common law* oraz Europy Zachodniej, mało popularne. Mimo korzyści wynikających z zabezpieczenia interesu podmiotów objętych ochroną ubezpieczeniową, wskazuje się na liczne zagrożenia, jakich przyczyną może być zawarcie umowy ubezpieczenia D&O – przede wszystkim nadużycia podmiotu chronionego oraz obawy przed podejmowaniem decyzji z mniejszą niż wymagana należyta starannością. Należy jednak zauważyć, iż ubezpieczenie D&O jako dodatkowe źródło pokrycia szkody, powstałej wskutek podejmowania często bardzo trudnych, ryzykownych, aczkolwiek koniecznych decyzji, znajduje usprawiedliwienie w rzeczywistości biznesowej i z punktu widzenia kontrahentów jest jak najbardziej pożądane.

Wykaz źródeł

- Baer M.H., *Some thoughts on the porous boundary between ordinary and extraordinary corporate fraud*, Journal of Business, 2012, Vol. 4.
- Baker T., Griffith S., *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*, The University of Chicago Law Review, 2007, Vol. 74, No. 2.

57. M.H. Baer, *Some thoughts on the porous boundary between ordinary and extraordinary corporate fraud*, Journal of Business, 2012, Vol. 4, s. 929 i n.

58. Corporate Insurance Trends 2014, <http://www.aida.org.uk/pdf/Corporate%20Insurance%20Trends%-202014.pdf> (1.06.2015).

- Baker T., *On the Genealogy of Moral Hazard*, Texas Law Review, 1996, vol. 237.
- Baxter C., *Demystifying D&O Insurance*, Oxford Journal of Legal Studies, 1995, Vol. 15.
- Boyes M., Stern L., *Is corporate governance risk values? Evidence from director's and officer's insurance*, Journal of Corporate Finance 2012, Vol. 18.
- Barzen C., Brachmann H., Braun M.P., *D&O Versicherung für Kapitalgesellschaften: Haftungsrisiken in der Geschäftsleitung und ihre Deckung*, Karlsruhe 2003.
- Cheung R., *Corporate wrongs litigated in the context of unfair prejudice claims: reforming the unfair prejudice remedy for the redress of corporate wrongs*, Company Lawyer, 2008.
- Huskins P.C., *The mismatch between litigation intensity and D&O Protection in cross-border securities law enforcement*, Journal of Corporate Law Studies, 2009, vol. 9.
- Kidyba A., *Kodeks Spółek Handlowych, Komentarz, t. I*, Warszawa 2010.
- Klausner M., *Personal liability of officers in US Securities Class Action*, Journal of Corporate Law Studies, 2009, Vol. 9, part 2.
- Kowalewski E., Fuchs D., Mogilski W., Serwach M., *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Toruń-Bydgoszcz 2006.
- Kubiak A., *Umowa ubezpieczenia na rzecz osoby trzeciej i na cudzy rachunek*, Bydgoszcz-Poznań, 2008.
- Marble J.D., Timm K., Harvey H., Marshall R., Charles D., *Recent Developments in insurance coverage litigation*, Tort and Trial Insurance Practice Journal, 2003, Vol. 38, part 2.
- Mayer F., Leasure E., *United States: Claims: Government Investigations, Enforcement And Triggering Insurance Coverage Under D And O Insurance*, Mondaq Business Briefing, 2014.
- Osajda K., *Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2008.
- O'Sullivan N., *The Demand for Directors' and Officers' Insurance by Large UK Companies*, European Management Journal, 2002, Vol. 20, No. 5.
- O'Sullivan N., *The impact of directors' and officers' insurance on audit pricing: Evidence from UK companies*, Accounting Forum 2009.
- Pamowicz-Lipska J., *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczególna*, t. VIII, Warszawa 2011.
- Patulski W., *Pracownicza odpowiedzialność odszkodowawcza*, Warszawa 2006.
- Serwach M., *Swoboda wyboru triggers oraz wynikające z niej zagrożenia dla rynku ubezpieczeniowego*, „Prawo Asekuracyjne”, 2007 nr 2.
- Sołtysiński S. [red.], Herbet A., Michalski M., Moskwa P., Napierała J., Nita-Jagielski G., Siemiątkowski T., Sołtysiński S., Szajkowski A., Szczurowski T., Szumański A., Tarska M., *System prawa prywatnego. Prawo Spółek Kapitałowych*, t. 17a, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Strzępka J. [red.], Pinior P., Popiołek W., Strzępka J., Zielińska E., *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Trautman L.J., Altenbaumer K., *D&O insurance: a primer*, American University Business Law Review, 2011, vol. 1.
- Włodyka S. [red.], Frąckowiak J., Górecki W., Kappes A., Kidyba A., Litwińska-Werner M., Napierała J., Oplustil K., Pazdan M., Popiołek W., Promińska U., Rachwał A., Spyra M., Włodyka S., *System Prawa Handlowego. Prawo Spółek Handlowych*, t. II, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Zawarska J., *Wybrane źródła odpowiedzialności cywilnej członków zarządów spółek kapitałowych*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe”, 2009 nr 4.

Strony internetowe

A guide to Directors' and Officers' Liability in Europe http://www.aig.hu/chartisint/internet/HU/hu/files/A%20Guide%20to%20Directors'%20%20Officers'%20Liability%20in%20Europe1_tcm915-520123.pdf [1.06.2015].

Corporate Insurance Trends2014 / <http://aida.org.uk/pdf/Corporate%20Insurance%20Trends%202014.pdf> [1.06.2015].

Gische M., Werner E., *Directors and Officers Liability Insurance An Overview*, Law360, 2011, <http://www.law360.com/articles/216461/d-o-insurance-an-overview-part-1> [1.06.2015].

<http://www.parkiet.com/artykul/844615.html> [1.06.2015].

Introduction to D&O insurance/ <http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/risk%20insights/AGCS-DO-infopaper.pdf> [1.06.2015].

Turpin S., *Details and the devil*, The Lawyer, March 2013, <http://www.thelawyer.com/insurance-details-and-the-devil/3002278> [1.06.2015].

A few remarks on D&O insurance

The aim of the article is to provide some important information on legal, economic and sociological aspects of D&O insurance, as well as to discuss its structure, scope and use. Furthermore, the author indicates risks connected with insurance, and wonders whether the insurance finds justification in the business reality.

Key words: D&O, management board, insurance, liability, company.

PAULINA ŚLUFIŃSKA – asystent w Katedrze Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

